Lucas-Baloup
Avocats à la Cour de Paris

La Lettre du Cabinet
Décembre 2011

www.lucas-baloup.com

Nous formulons des vœux pour que 2012 vous apporte santé, bonheur, paix, amitié, action, succès, amour, confiance, prospérité, générosité, projets, voyages, détente, sérénité, avec un petit peu de contentieux tout de même…

Isabelle Lucas-Baloup et son équipe

SOMMAIRE >>>

Pages

- Rejet de la plainte de l'ARS contre le chirurgien cardiaque du CHR de Metz 1
- Accès aux plateaux techniques d'imagerie médicale : l'Autorité de la concurrence intervient 1
- Combien ça coûte ? 2
- Autorisations de traitement du cancer : plusieurs annulations par la juridiction administrative 3
- Délégation de tâches : le rythme des avis de la HAS s'accélère 3
- Pharmacien gérant de PUI en clinique privée spécialisée en esthétique : 5 ans d'interdiction d'exercer la pharmacie 4
- Cadeaux des Labos : trois licenciements de visiteuses médicales 4

La Lettre du Cabinet

Publication pluriannuelle éditée par :

Isabelle Lucas-Baloup
Avocat à la Cour de Paris

Ont collaboré à ce numéro :
Isabelle Lucas-Baloup
Jonathan Quaderi
Céline Hullin

ISSN 1766-3903
Editions Scrof
Dépôt légal : Décembre 2011

12 avenue Kléber - 75116 Paris
Téléphone : 01 44 17 84 84
Télécopie : 01 44 17 84 85
isabelle@lucas-baloup.com
http://www.lucas-baloup.com

Décembre 2011

L'Ordre des médecins de Lorraine rejette la plainte de l'ARS contre le chirurgien cardiaque du CHR de Metz

(Décision de la Chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des médecins de Lorraine, 23 novembre 2011)

A l'issue d'une campagne médiatique odieuse, pendant laquelle certains ont cru devoir le traiter de serial killer et le directeur de l'Agence Régionale de Santé de Lorraine stigmatiser des statistiques de mortalité et de morbidité inadaptées à une évaluation sérieuse de la qualité des soins au sein du service de chirurgie cardiaque du CHR de Metz, mon cabinet se réjouit, après avoir assuré la défense du chirurgien, activement soutenu également par un comité de soutien composé de centaines de familles reconnaissantes et de nombreux confrères de l'Hôpital et de la région témoignant de la qualité humaine et professionnelle du chirurgien cardiaque, de la décision prononcée fin novembre aux termes de laquelle la plainte de l'ARS de Lorraine est rejetée, faute de preuve des manquements imputés à charge.

ILB

Accès aux plateaux techniques d'imagerie médicale : l'Autorité de la concurrence intervient

(Décision n° 11-D-18 du 15 décembre 2011)

Un radiologue a saisi l'Autorité de la concurrence en soutenant qu'un groupement de coopération sanitaire, le centre hospitalier, une clinique locale et un groupement de radiologues libéraux « abusaient de leur position dominante sur le marché des examens de scanner et d'IRM sur le territoire de santé d'Arcachon et se seraient entendus pour lui refuser l'accès aux vacations de scanner et d'IRM ». Au terme d'une instruction qui a duré 18 mois, pendant laquelle l'Autorité de la concurrence a rejeté les demandes de mesures conservatoires demandées par le radiologue, pour défaut d'urgence, une décision a été prononcée, le 15 décembre 2011. L'Autorité de la concurrence estimant que des pratiques relatives au refus d'accès à des vacations de scanner comme à l'IRM sont susceptibles de constituer soit une pratique concertée (art. L. 420-1 du code de commerce), soit un abus de position dominante (art. L. 420-2 du code de commerce), a invité les parties à s'entendre afin de lever les préoccupations de concurrence évoquées dans l'évaluation préliminaire des faits et du droit. Les entités mises en cause ont proposé et formalisé des engagements, notamment de nouveaux règlements intérieurs du scanner et de l'IRM, un avenant à la convention de co-utilisation du scanner et de nouveaux schémas d'organisation des EML concernés, lesquels ont été soumis au contrôle de l'Autorité de la concurrence qui les a acceptés et rendus obligatoires, sous réserve de l'obtention préalable des décisions d'autorisation et de visa de l'Agence Régionale de Santé d'Aquitaine.

Une tempête dans un verre d'eau ? Notre cabinet, avocat de l'hôpital et de la clinique, est heureux d'avoir activement contribué à trouver une solution négociée et validée par l'Autorité de la concurrence, mais observe avec stupéfaction et inquiétude les moyens

(suite p. 2)

Combien ça coûte ?

Les médecins nous interrogent souvent sur le coût de l'enregistrement d'actes auprès du service des impôts ainsi que sur le régime fiscal des opérations courantes de leur vie professionnelle. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, mais voici quelques repères :

Cession de patientèle :

Les **droits d'enregistrement** sont déterminés en fonction du prix de cession. Le taux est calculé en ajoutant au droit progressif fixé par l'article 719 du CGI les taxes additionnelles départementales et communales. Le barème final, s'appliquant par tranche, est le suivant :
- valeur n'excédant pas 23 000 € : 0 %,
- valeur comprise entre 23 000 € et 200 000 € : 3 %,
- valeur supérieure à 200 000 € : 5 %.

La **plus-value imposable** en cas de transfert de patientèle est égale à la différence entre le prix de cession et celui payé à l'origine lorsque la patientèle a été acquise d'un prédécesseur. L'imposition de celle-ci est assimilable à la taxation de la plus-value professionnelle. Le taux d'imposition de la plus-value professionnelle à long terme (lorsque la cession est réalisée plus de deux ans après l'acquisition – article 39 duodecies CGI) est de :
- 28,1 % (soit 16 % + 12,1% de prélèvements sociaux) pour les libéraux et/ou leurs SCP n'ayant pas opté pour l'IS (article 39 quindecies CGI) ;
- 33,33 % (article 219 CGI) pour les sociétés d'exercice libéral.

Cas particuliers d'exonération de plus-value :
(pour les cabinets individuels et les sociétés soumises à l'impôt sur le revenu)

♦ **départ à la retraite** (article 151 septies A CGI) :

- activité exercée pendant au moins 5 ans,
- cession réalisée à titre onéreux et portant sur l'intégralité de l'exploitation,
- cédant n'exerçant pas, directement ou indirectement, un contrôle sur la société cessionnaire,
- cédant cessant toute fonction dans la société et faisant valoir ses droits à la retraite.

♦ **pour le cédant en activité depuis au moins 5 ans** : exonération en fonction de la moyenne des recettes des deux années civiles précédant celle de réalisation de la plus-value (article 151 septies CGI) :

- si le chiffre d'affaires est inférieur à 90 000 € : exonération totale,
- si le chiffre d'affaires est supérieur à 90 000 € et inférieur à 126 000 € : exonération partielle,
- au-delà de 126 000 € : imposition totale au taux de 28,1%.

Cession de parts sociales :

Les **droits d'enregistrement** sont de 3 % calculés sur le prix de vente préalablement diminué d'un abattement (cf. article 726 CGI), absence de plafonnement.

La **plus-value** réalisée est égale à la différence entre le prix de cession et le prix de revient des parts sociales et son imposition est soumise à la taxation de la plus-value professionnelle (28,1 % ou 33,33 %, cf. supra).

Indemnités de rupture :

L'indemnité versée au médecin par la clinique en contrepartie de la résiliation de son contrat d'exercice constitue une plus-value à long terme devant être taxée exclusivement au taux prévu par l'article 39 quindecies du CGI, à savoir 16 % augmentés des prélèvements sociaux (+ 12,1 %) lorsqu'elle est destinée à compenser la perte d'un actif professionnel - droit d'utiliser les locaux, le matériel, le personnel mis à sa disposition par la clinique (CAA Nantes, 2ème ch., 16 juin 1994, Prevost, *Juris-Data* n° 04968).

Si l'indemnité ne dédommage pas la perte d'un actif, mais des frais professionnels déductibles ou un manque à gagner temporaire (par exemple, en cas de non-respect de la durée de préavis), elle est considérée comme une recette imposable dans les conditions de droit commun de l'impôt sur le revenu.

L'indemnité reçue par un médecin en réparation de son préjudice moral et en remboursement des frais exposés pour faire valoir ses droits en justice est exonérée (CE, 7ème et 8ème sous-sections réunies, 19 juin 1974, Ministre de l'économie et des finances, req. n° 92.092, Dupont 1974, p. 359).

CH

(suite de la p. 1)

mis en œuvre pour aboutir, le coût de l'opération pour les parties, qui ont eu à faire valoir leurs droits respectifs devant l'Autorité de la concurrence, qui siège à Paris et intervient dans le cadre d'une procédure très spécialisée que les médecins et établissements de santé ne sont pas habitués à pratiquer, mais que notre cabinet avait fréquentée déjà dans d'autres affaires de santé telles que celles impliquant les dons des fabricants de lait dans les maternités ou encore les problèmes concurrentiels entre fabricants de dispositifs médicaux, implants en cardiologie, prothèses orthopédiques et autres.

La gestion des crises diverses que nous connaissons implique des constructions stratégiques qui s'écartent assurément du contenu historique de la simple trousse de secours autrefois suffisante : du dialogue et de l'intelligence relationnelle, éventuellement une assignation en référé. Quand les agresseurs des petites bijouteries de quartier s'arment de kalashnikov, à quel titre s'étonnerait-on que le radiologue de quartier saisisse l'A.C. pour obtenir une vacation de scanner !? Puisque les films muets ont enthousiasmé les foules en 2011, permettez-moi de commencer l'année en remerciant encore M. Chaplin pour son analyse pertinente sur les gains d'efficacité dans *Les Temps Modernes*. Le futur (comme le pire) n'étant jamais certain, nous resterons, en 2012, pleins d'espérance !

ILB

Autorisations de traitement du cancer : plusieurs annulations par la juridiction administrative

Par quatre jugements du 20 septembre 2011, dont trois rendus sur requêtes du Cabinet, le Tribunal administratif de Montreuil a prononcé l'annulation de trois délibérations de la Commission exécutive de l'ARH d'Ile-de-France rejetant des demandes d'autorisation d'exercer l'activité de soins de traitement du cancer par chirurgie des pathologies, respectivement, gynécologiques, ORL et maxillo-faciales et en a censuré une dernière, favorable à un hôpital, de juillet 2009.

Jonathan Quaderi

Par là-même, la juridiction a confirmé l'illégalité du rejet des différents recours gracieux et hiérarchiques formés par les structures privées auprès de leur autorité de tutelle et du Ministre de la Santé, a condamné l'Administration à payer une partie des frais de procédures engagées par les cliniques pour défendre leurs intérêts, **a enjoint l'ARS de procéder au réexamen des projets soumis à la Comex, dans un dossier, d'accorder l'autorisation recherchée dans les trois mois et, enfin, a contraint le centre hospitalier à cesser la chirurgie carcinologique des tumeurs gynécologiques dans un délai de neuf mois.**

Ces jugements, en tant qu'il s'agit des premiers rendus sur le fond en matière d'activités soumises à seuil, sont riches d'enseignement et devraient faire jurisprudence.

En effet, il en résulte, tout d'abord, que la moyenne annuelle d'activité à prendre en considération est bien celle issue de l'addition des actes réalisés par le pétitionnaire sur trois années consécutives, de sorte que, lorsqu'un établissement la respecte, l'Agence ne peut le débouter au motif que le nombre d'interventions effectuées par ses praticiens se situerait en deçà du seuil réglementaire pour une ou deux de ces trois années.

Ensuite, lorsque le décret relatif aux conditions d'implantation de l'activité prévoit la possibilité d'octroyer, à titre dérogatoire, une autorisation si le promoteur justifie pouvoir atteindre, dans un délai déterminé à compter de la visite de conformité, le seuil minimal fixé par le Ministre, alors l'Administration est contrainte d'examiner le bien-fondé de cette projection et, en cas de rejet, de se prononcer sur ce point.

Enfin, ce n'est qu'à la condition de démontrer l'existence et la réalité d'un intérêt spécifique de santé publique invoqué au bénéfice de l'hôpital (n'atteignant pas le seuil réglementaire requis) que la délivrance de l'autorisation pourra être regardée par le juge comme légale.

Les solutions retenues dans ces litiges et l'application des principes rappelés supra devront vraisemblablement permettre de résoudre des affaires identiques et, plus largement celles dans lesquelles la satisfaction ou non d'un seuil réglementaire a été contestée (cf., par exemples, cardiologie interventionnelle sous imagerie médicale ou, encore, projet de décret envisagé et manifestement à intervenir en matière d'activité de soins de médecine et de chirurgie).

En tout état de cause, il existe assurément des moyens d'annulation à la disposition des établissements non satisfaits par leur autorité de tutelle. **JQ**

Délégation de tâches : le rythme des avis de la HAS s'accélère

Au vu des résultats plutôt positifs des deux séries d'expérimentations de coopération entre professionnels de santé, autorisées par arrêtés ministériels en 2004 et 2006 (cf. art. 113 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique) et des recommandations de la HAS d'avril 2008, la loi HPST (cf. art. 51) du 21 juillet 2009 a entériné le dispositif juridique dérogatoire aux conditions légales d'exercice de la médecine, en permettant le transfert d'actes ou d'activités de soins d'un corps de métier à un autre ou la réorganisation du mode d'intervention des professionnels de santé auprès du patient.

Cette nouvelle législation, inscrite aux articles L. 4011-1 à -3 du code de la santé publique et dont les conditions d'application ont été précisées par deux textes des 21 juillet et 11 octobre 2010, prévoit, notamment, que les acteurs intéressés soumettent au Directeur général de l'ARS des protocoles de coopération répondant à un besoin spécifique, celui-ci autorisant leur mise en œuvre « par arrêté pris après avis conforme de la Haute Autorité de Santé ».

S'il a fallu, à l'échelle nationale, attendre deux ans avant la signature du premier protocole (juillet 2011), force est de constater que depuis trois mois, le rythme des avis rendus par la HAS s'accélère.

En octobre 2011, quatre avis ont été émis, dont trois favorables « sous réserve », portant ainsi leur nombre total à une dizaine.

Parmi les professionnels concernés, figurent, entre autres, les tandems médecins « gastroentérologues et infirmiers », « médecins oncologues et infirmiers », « médecins cardiologues échocardiographistes et infirmiers », « médecins urologues et infirmiers », médecins radiologues et manipulateurs d'électroradiologie », ou encore, « ophtalmologistes et orthoptistes » pour, à titre d'illustration, la réalisation de ponctions médullaires ou d'actes de dépistage itinérant de la rétinopathie diabétique, la prise en charge de patients atteints d'hépatite chronique C dans le cadre d'une consultation infirmière, l'acquisition technique des images échocardiographiques de niveau 1, etc.

Toutefois, nombre d'entre ces projets ne sont pas d'emblée validés par la Haute Autorité de Santé, qui les considère parfois insuffisamment précis et/ou détaillés.

Dans ces conditions, plusieurs mois peuvent s'écouler entre leur transmission à l'autorité de tutelle et leur entrée en vigueur effective, d'où l'importance particulière à accorder à la rédaction de ces documents.

Pour mémoire : faute d'arrêté de l'ARS, chacun engage sa (ses) responsabilité(s).

JQ

Pharmacien gérant de PUI en clinique privée spécialisée en esthétique : 5 ans d'interdiction d'exercer la pharmacie

(Décision de la Chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, 25 novembre 2011)

Une pharmacienne gérante de PUI viole diverses dispositions du code de la santé publique, notamment en se livrant à une importante activité de distribution et de facturation de médicaments à base de toxine botulique A à des médecins libéraux n'exerçant pas dans la clinique et ne bénéficiant pas, dans leur très large majorité, de la qualification pour se procurer de tels médicaments soumis à la réglementation des substances vénéneuses, réservées à l'usage hospitalier et/ou soumis à prescription restreinte. Elle plaidait l'indulgence de la Chambre de discipline en soutenant avoir subi de fortes pressions de la part du directeur médical de l'établissement. L'Ordre ne retient pas l'excuse et la condamne à une interdiction d'exercer la pharmacie pendant cinq ans. Plutôt que tout commentaire, il est utile de reproduire les principaux alinéas de la décision de la Chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens qui, sur appel du directeur général de l'Agence Régionale de Santé d'Ile de France, annule la précédente décision de la Chambre de discipline du Conseil central de la Section H de l'Ordre des pharmaciens qui avait limité la durée de l'interdiction à sept jours :

Isabelle Lucas-Baloup

« Considérant qu'au cours d'une enquête effectuée le 26 mars 2009 dans les locaux de la Clinique M…, deux pharmaciens inspecteurs de santé publique ont constaté de nombreuses irrégularités dans l'organisation de la pharmacie à usage intérieur (PUI), concernant notamment la distribution de médicaments à base de toxine botulique A ; qu'en particulier, la porte d'accès de la PUI était grande ouverte, le placard renfermant les médicaments, y compris ceux relevant de la réglementation des substances vénéneuses, n'était pas fermé à clé, son contenu se trouvant librement accessible au personnel de la clinique ; que ces anomalies s'avèrent contraires aux bonnes pratiques de pharmacie hospitalière ; […] que ces mêmes spécialités étaient délivrées au Dr Le…, directeur médical et médecin salarié de la clinique, dans le cadre des traitements qu'il administrait à ses patients, en l'absence de transmission d'une prescription en bonne et due forme à la PUI ; qu'enfin, la clinique M… se livrait à une importante activité de distribution et de facturation de médicaments à base de toxine botulique A […] à des médecins libéraux n'exerçant pas dans la clinique et ne bénéficiant pas, dans leur très large majorité, de la qualification pour se procurer de tels médicaments soumis à la réglementation des substances vénéneuses, réservés à l'usage hospitalier et/ou soumis à prescription restreinte ; que ces anomalies constituent des infractions aux dispositions susvisées du code de la santé publique ;

« Considérant que ces faits sont établis par les pièces du dossier et leur matérialité n'est pas contestée par Mme La… ; que cette dernière se borne à solliciter l'indulgence de la juridiction, aux motifs qu'elle était relativement novice dans ce type de poste et subissait de fortes pressions de la part du Dr Le…, qu'elle exerçait en fait sous sa responsabilité et celle de la clinique ;

« Considérant, toutefois, que le contrat de gérance de la PUI de la clinique, […] stipulait que cette dernière devait assurer ou faire assurer sous sa responsabilité, l'exécution des prescriptions médicales, la dispensation, le contrôle des médicaments et autres produits et articles du monopole pharmaceutique, la garde des produits toxiques et la comptabilité prévue par la réglementation des substances vénéneuses ; […] ; que ce document, conformément d'ailleurs à la réglementation en vigueur, institue clairement le pharmacien gérant comme le seul responsable pour l'ensemble des activités exercées au sein de la PUI ; que si Mme La… estimait que le Dr Le… exerçait sur elle des pressions, il lui appartenait d'en référer à son employeur, l'établissement garantissant son indépendance professionnelle ; qu'en l'absence de dénonciation des anomalies de fonctionnement de la PUI et des éventuelles pressions dont elle aurait fait l'objet, Mme La… doit être regardée comme ayant délibérément avalisé l'ensemble des pratiques irrégulières instaurées au sein de la Clinique M… ;

« Considérant dès lors que Mme La…, en sa qualité de pharmacien gérant, doit répondre de l'ensemble des fautes et manquements commis dans le fonctionnement de la PUI ; qu'il sera fait une juste application des sanctions prévues par la loi en prononçant à son encontre la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pendant cinq ans. »

ILB

Attention aux cadeaux des labos… plusieurs arrêts récents le confirment !

(Arrêts Cour d'appel Versailles, 15 décembre 2011, n° 10/02664
Cour d'appel Pau, 31 octobre 2011, n° 0903831
Cour de cassation, 5 juillet 2011, n° 10-15.058)

Trois visiteuses médicales sont licenciées pour fautes graves par trois Laboratoires pharmaceutiques pour avoir violé l'article L. 4113-6 du CSP qui interdit les cadeaux aux médecins, pouvant encourager un achat de prescription. Il est prohibé d'offrir une bouteille de vin à un médecin toutes les 5 prescriptions d'un produit, ou d'inviter les épouses à dîner (en ajoutant – par erreur – des noms de médecins absents sur la liste des médecins présents à la soirée). Dans deux des cas les visiteuses médicales plaidaient que leur hiérarchie était informée, voire les encourageait à agir ainsi.

ILB